SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO
vom 27. Oktober 1993 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Ist Artikel 30 EWG-Vertrag eine Vorschrift zur Liberalisierung des innergemeinschaftlichen Handels, oder soll sie allgemein die freie Ausübung der Handelstätigkeit in den einzelnen Mitgliedstaaten fördern?

Die Gelegenheit zu einer klaren grundsätzlichen Bestimmung der Tragweite einer der grundlegenden Vorschriften des EWG-Vertrags bietet sich im vorliegenden Verfahren, in dem sich insbesondere die Frage stellt, ob die Vorschrift einer Berufsordnung, die es Apothekern verbietet, außerhalb der Apotheke für andere Waren als Arzneimittel, die (auch oder ausschließlich) in der Apotheke verkauft werden, zu werben, mit den Artikeln 30 und 36 EWG-Vertrag vereinbar ist.

2. § 10 Nr. 15 der von der Landesapothekerkammer Baden-Württemberg gemäß dem Kammergesetz erlassenen Berufsordnung [1] stellt ein Verbot der „übertriebenen Werbung" für alle anderen Waren als Arzneimittel auf, die nach § 25 der Apothekenbetriebsordnung vom 9. Februar 1987 [2] auch in der Apotheke verkauft werden dürfen [3], sofern sie den ordnungsgemäßen Betrieb der Apotheke nicht beeinträchtigen (§ 2 Absatz 4 der Apothekenbetriebsordnung). Die fragliche Vorschrift hat im wesentlichen ein Verbot jeder Form von Werbung außerhalb der Apotheke zur Folge.

Sodann ist festzustellen, daß die Landesapothekerkammer Baden-Württemberg, deren Aufgabe insbesondere darin besteht, die Erfüllung der Berufspflichten durch die Kammermitglieder zu überwachen, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, die Rechtspersönlichkeit besitzt und der staatlichen Aufsicht untersteht. Schließlich sei noch hinzugefügt, daß alle Apotheker, die in Baden-Württemberg ihren Beruf ausüben, der Landesapothekerkammer Baden-Württemberg angehören und folglich dem fraglichen Verbot unterliegen.

3. Der Sachverhalt, der zum vorliegenden Verfahren geführt hat, läßt sich mit wenigen Sätzen schildern. Ruth Hünermund und die anderen zwölf Antragsteller des Ausgangsverfahrens — allesamt Inhaber von Apotheken in Baden-Württemberg, in denen apothekenübliche Waren zum Verkauf angeboten werden — haben für die fraglichen Waren geworben und wollen dies auch künftig tun. Deshalb haben sie beim Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg einen Antrag auf Ungültigerklärung von § 10 Nr. 15 der fraglichen Berufsordnung gestellt, wegen Unvereinbarkeit mit dem Gemein-

* Originalsprache: Italienisch.

1 — Berufsordnung vom 22. November 1955 in der Fassung vom 9. April 1986.

2 — BGBl. I S. 547.

3 — Es handelt sich unter anderem um Mittel und Gegenstände zur Kranken- und Säuglingspflege, diätetische Lebensmittel, Mittel der Hygiene und Körperpflege, Schädlingsbekämpfungs- und Pflanzenschutzmittel sowie Mittel zur Aufzucht von Tieren.

schaftsrecht, insbesondere den Artikeln 30 und 36 EWG-Vertrag.

Wie sich aus dem Vorlagebeschluß ergibt, ist das vorlegende Gericht aufgrund der einschlägigen Gemeinschaftsrechtsprechung der Auffassung, daß die streitige Vorschrift grundsätzlich als eine nach Artikel 30 verbotene Maßnahme gleicher Wirkung anzusehen sei. Es hat das Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof jedoch für angebracht gehalten, um klären zu lassen, ob diese Maßnahme nach Artikel 36 in Verbindung mit Artikel 30 EWG-Vertrag gerechtfertigt sei.

4. Bevor auf die Frage selbst eingegangen wird, ist es erforderlich, kurz auf eine Reihe von Vorfragen einzugehen, die die Landesapothekerkammer aufgeworfen hat.

Diese macht nämlich geltend, die vorgelegte Vorabentscheidungsfrage sei unzulässig, da der Gerichtshof nicht zuständig sei, über die Gültigkeit einer nationalen Rechtsvorschrift im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht zu entscheiden. Jedenfalls betreffe eine derartige Frage ein hypothetisches Problem und laufe daher auf eine bloße Gutachtenfrage hinaus: Das vorlegende Gericht habe nämlich nicht die Erforderlichkeit der Vorlage dargetan, sondern sich auf den Hinweis beschränkt, es sei nicht ausgeschlossen, daß die Werberestriktionen vom Gerichtshof unter dem Gesichtspunkt des freien Warenverkehrs als nicht gerechtfertigt angesehen werden könnten.

Zum ersten Punkt genügt hier der Hinweis darauf, daß der Gerichtshof nach ständiger Rechtsprechung im Verfahren nach Artikel 177 zwar nicht über die Gültigkeit nationaler Rechtsvorschriften entscheiden kann; „er kann aber dem innerstaatlichen Gericht die gemeinschaftsrechtlichen Auslegungskriterien an die Hand geben, die es diesem ermöglichen, die Rechtsfrage zu lösen, mit der es befaßt ist“ [4]. Bezüglich des zweiten Punktes beschränke ich mich auf die Feststellung, daß sich aus dem Vorlagebeschluß mit hinreichender Klarheit ergibt, daß für das vorlegende Gericht die Auslegung der Artikel 30 und 36 für den Ausgang des bei ihm anhängigen Rechtsstreits erforderlich ist, d. h. für die Entscheidung, ob die Apotheker weiterhin für die fraglichen Waren werben dürfen.

5. Die Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens macht außerdem geltend, daß im vorliegenden Fall auch die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 30 nicht gegeben seien, da die fragliche berufsständische Vorschrift nicht als staatliche Maßnahme im Sinne von Artikel 30 qualifiziert werden könne. Diese Schlußfolgerung werde nicht durch den Umstand entkräftet, daß der Gerichtshof im Urteil Royal Pharmaceutical Society of Great Britain [5] eine Vorschrift, die von einer Standesorganisation erlassen worden sei, als staatliche Maßnahme gewertet habe, da die Royal Pharmaceutical die Befugnis gehabt habe, Disziplinarmaßnahmen zu verhängen, einschließlich der Streichung im Berufsregister, während diese Sanktion nach der deutschen Regelung nur von den zuständigen Landesbehörden verfügt werden könne.

Insoweit weise ich vor allem darauf hin, daß es im vorliegenden Fall keinen wesentlichen Unterschied zu dem soeben genannten Fall gibt, da für die Ahndung von Verstößen der Kammermitglieder gegen die Vorschriften

4 — Vgl. z. B. Urteil vom 18. Mai 1977 in der Rechtssache 111/76 (Van den Hazel, Slg. 1977, 901, Randnr. 4).

5 — Urteil vom 18. Mai 1989 in den verbundenen Rechtssachen 266/87 und 267/87 (Slg. 1989, 1295, Randnr. 14).

der Berufsordnung Disziplinarorgane zuständig sind, die dieser Kammer angehören und gerade dazu ermächtigt sind, Disziplinarmaßnahmen zu verhängen. Jedenfalls kommt es vorliegend darauf an, daß die streitige Maßnahme doch zum Standesrecht gehört, das zwar von einer Standesorganisation erlassen wird, jedoch aufgrund staatlicher Delegation und unter staatlicher Aufsicht. Der Vorschrift kann daher der Charakter einer staatlichen Maßnahme nicht aberkannt werden, erst recht, wenn man bedenkt, daß die Landesapothekerkammer anders als die Royal Pharmaceutical eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist.

6. Ich komme nun zum Gegenstand der dem Gerichtshof vorgelegten Frage, die sich so, wie sie formuliert ist, allein darauf bezieht, ob die beanstandete Maßnahme nach Artikel 36 oder aufgrund zwingender Erfordernisse gerechtfertigt ist: Das vorlegende Gericht hat nämlich keine Zweifel, daß es sich um eine Maßnahme handelt, die mit Artikel 30 grundsätzlich unvereinbar ist [6]. Andererseits steht außer Frage, daß zunächst jedenfalls zu prüfen ist, ob die in Rede stehende Regelung den Tatbestand der Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen erfüllt, weil sie nach der wohlbekannten Dassonville-Formel geeignet ist, „den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern" [7].

7. Die streitige Maßnahme, die unterschiedslos anwendbar und absolut neutral in bezug auf einheimische und eingeführte Waren ist, verbietet einer bestimmten Kategorie von Wirtschaftsteilnehmern — den Apothekern —, für eine bestimmte Kategorie von Waren — andere als Arzneimittel —, die auch in der Apotheke verkauft werden dürfen, zu werben. In jeder Hinsicht erlaubt ist die Werbung für diese Waren dagegen den anderen Wirtschaftsteilnehmern, den Herstellern, Importeuren und Einzelhändlern, die nicht Apotheker sind.

Unter diesen Umständen könnte mit gutem Grund angenommen werden, daß die Abschaffung der streitigen Maßnahme (eventuell und allein) zu einer Änderung des Verhältnisses zwischen dem Verkaufsvolumen der Apotheken (auf der einen Seite) und dem der anderen Geschäfte (auf der anderen Seite) führt, d. h. zu einer anderen Verteilung des Umsatzes auf die verschiedenen Vertriebswege [8]. Es kann jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen werden, daß mit dem für die Apotheker geltenden Verbot bestimmter Werbeinitiativen eine Verschlechterung des Absatzes der fraglichen Waren und damit auch — wenn auch nur über diesen Weg — der eingeführten Waren einhergeht.

Mit anderen Worten, eine derartige Maßnahme kann sich sehr wohl auf die Einfuhren auswirken, aber nur deshalb, weil sie wegen der mit ihr angeordneten Werbebeschränkungen die Nachfrage nach den Waren, die in ihren Anwendungsbereich fallen, negativ beeinflußt und daher (eventuell)

6 — Vgl. S. 14 f. des Vorlagebeschlusses.

7 — Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74 (Dassonville, Slg. 1974, 837, Randnr. 5).

8 — Insoweit sind die Ausführungen des vorlegenden Gerichts interessant, wonach es „nicht darauf [ankommt], ob sich die zu prüfende Regelung als Verminderung des Einfuhrvolumens der betroffenen Erzeugnisse oder nur in einer Umsatzverlagerung zwischen Apotheken einerseits und anderen Anbietern andererseits auswirkt", da „über die negative Beeinflussung der Einfuhren in Form eines globalen Rückgangs des Einfuhrvolumens ... hinaus auch eine Veränderung der Handelsströme oder eine Kanalisierung der Einfuhren infolge der Beeinträchtigung der Handlungsfreiheiten bestimmter Marktteilnehmer verhindert werden soll" (S. 15 des Vorlagebeschlusses).

eine Verringerung des Verkaufsvolumens und damit letztlich auch der Einfuhren bewirkt [9].

8. Reicht diese — entfernte, mittelbare und eventuelle, ja nur mutmaßliche — den Handelsverkehr verringernde Wirkung aus, damit die Maßnahme unter Artikel 30 fällt?

Die Frage ist ersichtlich nicht neu; sie steht vor allem in den letzten Jahren im Zentrum einer offenen und sehr lebhaften Diskussion [10]. Wir haben es nämlich mit dem nunmehr häufigen Fall einer potentiellen Verringerung der Einfuhren zu tun, die weder auf einer unterschiedlichen Behandlung eingeführter und einheimischer Waren noch auf einem eventuellen Unterschied zwischen den Rechtsvorschriften über die Erfordernisse bezüglich der Zusammensetzung und Aufmachung der Ware (Sachverhalt „Cassis de Dijon") beruht. Im vorliegenden Fall ergeben sich die eventuellen beschränkenden Wirkungen für die Einfuhren allein aus dem Bestehen der betreffenden Regelung, während ein etwaiger Unterschied zu den Rechtsvorschriften des Ursprungslands der Ware zumindest grundsätzlich ohne Bedeutung ist: Die Verringerung der Verkäufe, sollte es zu ihr kommen, würde auch dann erfolgen, wenn die Rechtsvorschriften genau gleich wären.

9. Letzten Endes geht die Frage dahin, ob Maßnahmen, die die Modalitäten der Vermarktung (wer, wo, wann, wie [11]) regeln und die allein deshalb, weil sie sich (z. B. über eine Kanalisierung der Verkäufe) auf das Angebot der betreffenden Waren, einschließlich der eingeführten Waren, oder (über Beschränkungen der Werbung) auf die Nachfrage nach ihnen auswirken, einen Rückgang der Verkäufe bewirken können, jedenfalls in den Anwendungsbereich von Artikel 30 fallen. Und dies unabhängig davon, ob eine Verringerung der Einfuhren tatsächlich vorliegt oder, andersherum, ob und in welchem Maße die Aufhebung der beanstandeten Maßnahme eine positive Wirkung auf die Verkäufe und damit auf die Einfuhren haben kann.

Für die Antwort, die dem vorlegenden Gericht zu geben ist, muß man sich daher zunächst fragen, ob es für den Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung zumindest grundsätzlich ausreicht, daß irgendwelche Auswirkungen der Maßnahmen auf die Einfuhren, so gering und mittelbar sie auch sein mögen, nicht völlig ausgeschlossen werden können, oder ob es im Gegenteil erforderlich ist, daß der Kausalzusammenhang zwischen den Maßnahmen und den Einfuhren dergestalt ist, daß sich die eventuellen beschränkenden Auswirkungen auf den Handel mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und hinreichend genau feststellen lassen, ob die betreffende Maßnahme also so beschaffen ist, daß sie den innergemeinschaftlichen Handel

9 — Das gleiche gilt in der Tat für alle unterschiedslos anwendbaren Beschränkungen der Werbung für bestimmte Waren. Beschränkungen dieser Art wirken sich — sofern sie nicht die eingeführten Waren benachteiligen und damit auf eine tatsächliche Diskriminierung hinauslaufen (vgl. Urteil vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 152/78, Kommission/Frankreich, Slg. 1980, 2299) — nämlich genau in gleicher Weise auf den Absatz der betroffenen Waren aus, unabhängig davon, ob es sich dabei um einheimische oder um eingeführte Waren handelt.

10 — Außer Marenco, Pour une interprétation traditionelle de mésure d'effet équivalent à une restriction quantitative, in: *CDE*, 1984, S. 291 ff., und White, In search for limits to article 30 of the EEC treaty, in: *CMLRev*, 1989, S. 234 ff, vgl. an jüngeren und bedeutenderen Beiträgen zu dieser Frage Gormely, in: *CMRev*, 1990, S. 141 ff., Mortelmans, Article 30 of the EEC and legislation relating to market circumstances: time to consider a new definition?, in: *CMLRev*, 1991, S. 115 ff.; Steiner, Drawing the line: Uses and abuses of article 30 EEC, in: *CMLRev*, 1992, S. 749 ff.; Chalmers, Free movement of goods within the European Community: an unhealthy addiction to scotch whisky, in: *International and Comparative Law Quarterly*, 1993, S. 269 ff.

11 — Eine Maßnahme, die die Werbung für die Waren betrifft, kann zu Recht zu den Maßnahmen gezählt werden, die das „Wie" betreffen. Es ist nämlich offensichtlich, daß die Werbung als Anreiz zum Konsum die wirksamste Methode der Verkaufsförderung darstellt und gerade deswegen die Nachfrage und damit den Verkauf spürbar beeinflussen kann.

— und sei es auch nur potentiell — „behindert".

10. Nachdem die Frage so gestellt ist, ist klar, daß auszuschließen sein wird, daß die Maßnahme, um die es im vorliegenden Fall geht, ein *Hindernis für den Handel zwischen Mitgliedstaaten* darstellen kann, wenn unter einem Hindernis eine Behinderung, *eine Erschwerung des Zugangs zum Markt zu verstehen ist, die so beschaffen ist, daß sie sich insbesondere auf die Einfuhren auswirkt*, wenn es sich also um eine Maßnahme handelt, die in irgendeiner Weise — zumindest, weil sie abschreckend ist — eine „Barriere" für den freien Warenverkehr darstellt.

Wird das Dassonville-Kriterium dagegen in dem Sinne ausgelegt, daß jede nationale Maßnahme, deren Aufhebung eine Zunahme der Verkäufe und allein deswegen eine Zunahme der Einfuhren bewirken kann, gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt, sofern sie nicht aufgrund zwingender Erfordernisse oder nach Artikel 36 gerechtfertigt ist, so ist evident, daß auch die Maßnahme, um die es vorliegend geht, in den Anwendungsbereich von Artikel 30 fiele.

11. Die Antwort auf eine solche Frage erfordert offensichtlich ein allgemeines Nachdenken über die Abgrenzung des Anwendungsbereichs von Artikel 30 im Hinblick auf Vorschriften wie diejenigen, um die es vorliegend geht, insbesondere was die Kriterien betrifft, nach denen sich eine bestimmte nationale Vorschrift als Maßnahme gleicher Wirkung qualifizieren läßt. Mit anderen Worten und auch auf die Gefahr hin, erneut auf Ansichten einzugehen, die zu diesem Thema bereits geäußert wurden, bin ich der Meinung, daß eine Betrachtung der Frage erforderlich ist, ob Artikel 30 und mit ihm das Dassonville-Kriterium in der Weise zu verstehen sein können, daß der Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung auch diejenigen Maßnahmen erfaßt,

— die unterschiedslos anwendbar sind;

— die nicht die *Waren* (Zusammensetzung, Etikettierung, Form, Verpackung, Bezeichnung usw.), sondern die *Handelstätigkeit* (wer darf die Waren wie, wo und wann verkaufen) zum Gegenstand haben;

— die allenfalls zu einer mutmaßlichen und eventuellen Verringerung der Einfuhren führen können, und dies auch *einzig und allein als Folge eines ebenfalls eventuellen Rückgangs der Verkäufe*;

— bei denen die angebliche Verringerung genau betrachtet *nicht auf einem Unterschied zwischen den nationalen Rechtsvorschriften beruht*, sondern nur auf dem Umstand, daß die nationalen Stellen (eines, mehrerer oder aller EWG-Länder) eine Handelsregelung erlassen haben, die weniger *liberal* ist, als von den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern gewünscht.

Eine solche Betrachtung muß von einem Überblick über die einschlägige Rechtsprechung ausgehen, die sicher — warum es verschweigen? — in systematischer Hinsicht nicht einfach zu verstehen ist und die sich, worauf ich bereits in den Schlußanträgen in der Rechtssache Société Laboratoire de Prothèses Oculaires [12] — in denen ich allerdings ein gewisses Unbehagen in bezug auf eine mechanische Anwendung der Dassonville-Formel auf Rechtsvorschriften des hier in Rede stehenden Typs nicht verbergen konnte — hingewiesen habe, auf drei Lösungsmodelle zurückführen läßt, wenn auch mit

12 — Urteil vom 25. Mai 1993 in der Rechtssache C-271/92 (Slg. 1993, I-2899).

einigen Schwierigkeiten, die auf dem soeben angesprochenen Mangel an Geschlossenheit beruhen.

Überblick über die Rechtsprechung

12. Zu einer ersten Gruppe gehören die Entscheidungen, in denen der Gerichtshof die Auffassung vertreten hat, daß die betreffenden Regelungen in keinem Zusammenhang mit den Einfuhren stünden und daher nicht geeignet seien, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu behindern [13]. Zu diesem Ergebnis ist der Gerichtshof gelangt, indem er darauf abgestellt hat, daß die betreffenden Maßnahmen keine Handelsregelung bezweckt hätten, andere Vertriebsformen dieser Ware nicht betroffen hätten oder jedenfalls die Möglichkeit des Vertriebs über andere Wege offengelassen hätten.

Im Urteil Oebel z. B., in dem es um eine Regelung ging, nach der die Herstellung und der Vertrieb von Brot zu bestimmten Zeiten verboten war, hat der Gerichtshof entschieden, daß es sich um eine Regelung handele, die in keinem Zusammenhang zu den Einfuhren stehe, da „der innergemeinschaftliche Handelsverkehr nämlich jederzeit möglich [bleibt], unter dem einzigen Vorbehalt, daß die Lieferung an die Verbraucher und den Einzelhandel für sämtliche Hersteller unabhängig von ihrem Niederlassungsort in der gleichen Weise beschränkt ist" [14]. Im Urteil Blesgen hat der Gerichtshof sodann entschieden, daß das Verbot des Verkaufs verschiedener alkoholischer Getränke zum sofortigen Verzehr in bestimmten Geschäften nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 falle, da es „die anderen Formen des Vertriebs" [15] dieser Ware unberührt gelassen habe.

Mehr oder weniger ähnlich lautet die Begründung der Urteile, in denen sich der Gerichtshof zu den Vorschriften geäußert hat, nach denen der Verkauf von Sexartikeln in nicht konzessionierten Geschäften verboten war. Er hat nämlich darauf abgestellt, daß diese Vorschriften „in Wirklichkeit in keinem Zusammenhang mit dem innergemeinschaftlichen Handelsverkehr [stehen], da die Erzeugnisse, für die dieses Gesetz gilt, in Ladengeschäften, die über eine entsprechende Konzession verfügen, und über andere Vertriebswege abgesetzt werden können", und sie somit „den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht behindern [können]" [16].

13. In den soeben genannten Fällen hat der Gerichtshof also einen eventuellen Rückgang der Einfuhren, der auf einer Verringerung der Vertriebswege beruht und gleichermaßen sowohl die einheimischen Waren als auch die eingeführten Waren treffen würde, für die Frage der Anwendbarkeit von Artikel 30 für unerheblich gehalten. Es versteht sich nämlich von selbst, daß das Verbot, Getränke mit einem hohen Alkoholgehalt sofort zu verzehren (Blesgen) oder Sexartikel in nicht konzessionierten Geschäften zu verkaufen (Quietlynn), sicher so beschaffen ist, daß es die Nachfrage negativ beeinflussen kann und damit auf diesem Wege das Einfuhrvolumen beeinträchtigt, wobei es (in dieser Hinsicht) völlig unerheblich ist, daß das fragliche Verbot andere Formen des Vertriebs dieser Ware nicht erfaßt oder der Vertrieb in konzessionierten Geschäften möglich ist.

13 — Vgl. Urteile vom 14. Juli 1981 in der Rechtssache 155/80 (Oebel, Slg. 1981, 1993), vom 31. März 1982 in der Rechtssache 75/81 (Blesgen, Slg. 1982, 1211), vom 11. Juli 1990 in der Rechtssache C-23/89 (Quietlynn, Slg. 1990, I-3059) und vom 7. Mai 1991 in der Rechtssache C-350/89 (Sheptonhurst, Slg. 1991, I-2387).

14 — Urteil vom 14. Juli 1981 (a. a. O., Randnr. 20).

15 — Urteil vom 31. März 1982 (a. a. O., Randnr. 9).

16 — Urteil Quietlynn vom 11. Juli 1990 (a. a. O., Randnr. 11). Vgl. auch Urteil Sheptonhurst vom 7. Mai 1991 (a. a. O.).

Diese Ansicht ist allerdings nicht auf Vorschriften beschränkt, die die Modalitäten des Vertriebs der Waren betreffen. Genau besehen hat der Gerichtshof die Dassonville-Formel nämlich in vielen anderen Fällen nicht mechanisch angewandt, angefangen bei den Preiskontrollregelungen [17], sowie in bezug auf verschiedenartige Vorschriften, denen aber allen gemeinsam ist, daß sie allenfalls in einem mittelbaren und vagen Zusammenhang mit den Einfuhren stehen und sich in gleicher Weise auf inländische wie eingeführte Waren auswirken [18].

14. Zu einer zweiten Gruppe gehören die Urteile, in denen der Gerichtshof grundsätzlich die Anwendbarkeit des Verbots nach Artikel 30 auch auf Maßnahmen des vorliegend in Frage stehenden Typs anerkannt hat, wobei er sich allerdings auf eine ziemlich „atypische" Prüfung der Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahmen beschränkt hat.

Ich beziehe mich insbesondere auf die Urteile zum *„Verkauf an Sonntagen"* [19], in denen der Gerichtshof bekräftigt hat, daß Regelungen, die es verbieten, Arbeitnehmer sonntags zu beschäftigen (oder sonntags Waren zu verkaufen), selbst wenn sie nicht bezweckten, den Handel zu regeln, und „es wenig wahrscheinlich ist, daß die sonntägliche Schließung ... die Verbraucher veranlaßt, endgültig vom Erwerb von Erzeugnissen abzusehen, die an den anderen Wochentagen erhältlich sind", „jedoch beschränkende Wirkungen auf den freien Warenverkehr haben" können, weil sie „doch negative Folgen für das Verkaufsvolumen und folglich auch für das Einfuhrvolumen haben [können]" [20].

Diese beschränkenden Wirkungen werden daher, auch wenn sie nur eventuell und nicht nachgewiesen sind, für ausreichend gehalten, damit die fraglichen Maßnahmen in den Anwendungsbereich von Artikel 30 fallen [21]. Der Gerichtshof scheint somit anerkannt zu haben, daß der im Urteil Dassonville aufgestellte Grundsatz auf nationale Regelungen des fraglichen Typs (mechanisch) anwendbar

17 — Insoweit beschränkt sich der Gerichtshof nämlich auf die Prüfung, ob die festgesetzten Preise nicht so beschaffen sind, daß sie den Verkauf der eingeführten Waren unmöglich machen oder erschweren, also ob sie nicht so beschaffen sind, daß sie die Einfuhren benachteiligen (vgl. u. a. Urteil vom 12. Juli 1987 in der Rechtssache 188/86, Lefèvre, Slg. 1987, 2963, und Urteil vom 13. Dezember 1990 in der Rechtssache C-347/88, Kommission/Griechenland, Slg. 1990, I-4747, zu Höchstpreisregelungen sowie Urteil vom 13. November 1986 in den verbundenen Rechtssachen 80/85 und 159/85, Edah BV, Slg. 1986, 3359, und Urteil vom 7. Mai 1991 in der Rechtssache C-287/89, Kommission/Belgien, Slg. 1991, I-2233, zu Mindestpreisregelungen). Dagegen ist klar, daß bei einer mechanischen Anwendung der Dassonville-Formel nicht ausgeschlossen werden könnte, daß eine Preiskontrollregelung, die sich auf Angebot und Nachfrage auswirkt, so beschaffen ist, daß sie zu einer Verringerung des Verkaufsvolumens und damit (auch) des Einfuhrvolumens führen kann.

18 — Bezeichnend ist insoweit die Rechtssache Forest, in der es um eine Kontingentierung der Mehlerzeugung ging. Der Gerichtshof hat nämlich entschieden, daß eine solche Kontingentierung „in Wirklichkeit in keinem Zusammenhang mit der Einfuhr von Weizen steht und nicht geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen". Selbst wenn die Begrenzung der zur Vermahlung zugelassenen Weizenmengen die Müller davon abhalten könne, Weizen zu kaufen, bleibe es nämlich jedem Müller unbenommen, seinen Bedarf ganz oder teilweise mit eingeführtem Weizen zu decken (Urteil vom 25. November 1986 in der Rechtssache 145/85, Slg. 1986, 3449, Randnr. 19). Vgl. außerdem Urteile vom 7. März 1990 in der Rechtssache C-69/88 (Krantz, Slg. 1990, I-583, Randnr. 11) und vom 13. Oktober 1993 in der Rechtssache C-93/92 (CMC Motorradcenter, Slg. 1993, I-5009, Randnr. 12), in denen der Gerichtshof entschieden hat, daß die etwaigen beschränkenden Auswirkungen der fraglichen nationalen Maßnahmen auf die Einfuhren — die Befugnis der Steuerverwaltung, unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sachen zu pfänden, und die vorvertragliche Verpflichtung, die Käufer von Motorrädern über verschiedene Gesichtspunkte bezüglich der Garantie zu informieren — so ungewiß und von nur mittelbarer Bedeutung seien, daß sie nicht als geeignet angesehen werden könnten, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern.

19 — Urteil vom 23. November 1989 in der Rechtssache C-145/88 (Torfaen, Slg. 1989, I-3851), Urteile vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache 312/89 (Conforama, Slg. 1991, I-997) und in der Rechtssache C-332/89 (Marchandise, Slg. 1991, I-1027) sowie Urteil vom 16. Dezember 1992 in der Rechtssache C-169/91 (City of Stoke-on-Trent, Slg. 1992, I-6635).

20 — Urteil Conforama (a. a. O., Randnr. 8).

21 — Insoweit möchte ich jedoch nicht versäumen, darauf hinzuweisen, daß die unter Punkt 12 f. untersuchte Auffassung (Maßnahmen, die per se nicht unter Artikel 30 fallen) nicht als von dieser Entwicklung überholt angesehen werden kann. Das Urteil Quietlynn ist nämlich nach dem ersten Urteil zum Verkauf an Sonntagen ergangen und das Urteil Sheptonhurst nach den Urteilen Conforama und Marchandise. Die beiden Auffassungen überschneiden sich also in zeitlicher Hinsicht, was dazu beiträgt, die Verwirrung zu vergrößern.

ist, mit der Folge, daß ihre Vereinbarkeit mit Artikel 30 von einer doppelten Voraussetzung abhängig ist: a) Die fragliche Regelung muß einen aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht rechtmäßigen Zweck verfolgen, und b) sie darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Zwecks erforderlich ist, was dann der Fall ist, wenn die sich aus ihr ergebenden Behinderungen für den Handel nicht „den Rahmen der solchen Handelsregelungen eigentümlichen Wirkungen überschreiten".

15. Der Gerichtshof hat sich daher, nachdem er die Rechtmäßigkeit — im Sinne des Gemeinschaftsrechts — der Absicht festgestellt hatte, eine Verteilung der Arbeitszeiten und der arbeitsfreien Zeiten sicherzustellen, die den landesweiten oder regionalen sozialen und kulturellen Besonderheiten angepaßt ist, in diesen Urteilen auf die Feststellung beschränkt, daß „die beschränkenden Wirkungen auf den Handel, die sich möglicherweise aus einer solchen Regelung ergeben, im Hinblick auf den verfolgten Zweck nicht als unverhältnismäßig erscheinen" [22]. Im neuesten Urteil zu diesem Bereich hat der Gerichtshof überdies klargestellt, daß bei der Prüfung, ob die (eventuellen) beschränkenden Wirkungen einer derartigen Regelung nicht über das hinausgehen, was für die Erreichung des verfolgten Zwecks erforderlich ist, zu untersuchen sei, ob diese Wirkungen „unmittelbar, mittelbar oder rein hypothetisch sind und ob sie nicht die Vermarktung eingeführter Waren mehr benachteiligen als die inländischer Waren" [23].

Nach dieser Auffassung hat somit offenbar *nur eine marginale Kontrolle* der betreffenden Regelungen zu erfolgen, die sich auf die *Vernünftigkeit* der fraglichen Maßnahme, genauer, ihre Angemessenheit in bezug auf die (eventuellen) beschränkenden Wirkungen, bezieht. Mit anderen Worten, anstatt „klassisch" zu prüfen, ob die betreffende Regelung zwingenden Erfordernissen entspricht und ob die gewählten Maßnahmen zum verfolgten Zweck im Verhältnis stehen, scheint der Gerichtshof nach einem Rechtfertigungsgrund für die *Auswirkungen* auf den innergemeinschaftlichen Handel zu suchen, die sich aus der zu prüfenden Regelung eventuell ergeben können. Nach dieser Feststellung läßt sich sicher nicht verhehlen, daß diese Auffassung, auch wenn sie durch eine Beurteilung gekennzeichnet ist, die viel oberflächlicher oder jedenfalls weniger intensiv als diejenige ist, die normalerweise nach den Artikeln 30 bis 36 erfolgt, im Widerspruch zu der Auffassung steht, die im Urteil Oebel entwickelt worden ist.

16. Zu einer dritten Gruppe gehören schließlich diejenigen Entscheidungen, in denen der Gerichtshof zunächst ausgeführt hat, daß die Regelungen über den Verkauf, obgleich sie die Einfuhren nicht unmittelbar regeln, geeignet seien, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern, da sie die Absatzmöglichkeiten (auch) für die eingeführten Waren beeinträchtigen und auf diese Weise eine Verringerung des Einfuhrvolumens herbeiführen könnten. Anschließend hat der Gerichtshof die klassische Prüfung vorgenommen, ob die fraglichen Maßnahmen zum einen Zwecke verfolgen, die im Allgemeininteresse liegen und von der Gemeinschaftsrechtsordnung anerkannt sind (je nach Fall: Verbraucherschutz, Schutz der Gesundheit usw.), und ob die gewählten

22 — Urteile Conforama und Marchandise (a. a. O., Randnr. 12 bzw. Randnr. 13).

23 — Urteil Concil of the City of Stoke-on-Trent (a. a. O., Randnr. 15).

Maßnahmen zum anderen verhältnismäßig sind in bezug auf den verfolgten (rechtmäßigen) Zweck [24].

Der größere Teil der Maßnahmen, auf die diese Auffassung angewandt worden ist, betraf, wie sogleich deutlich werden wird, nicht von ungefähr *Methoden des Verkaufs oder der Absatzförderung*. Der Gerichtshof hat nämlich in bezug auf diese Kategorie von Maßnahmen ausgeführt, daß „der für den betroffenen Unternehmer bestehende Zwang, sich entweder für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung und Absatzförderung zu bedienen oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben, selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen kann, wenn eine solche Regelung unterschiedslos für inländische und eingeführte Erzeugnisse gilt" [25].

Anders gesagt, eine nationale Regelung kann, obgleich sie eingeführte Waren nicht unmittelbar und speziell benachteiligt, eine Maßnahme gleicher Wirkung darstellen, wenn sie sich dadurch, daß sie eine bestimmte Absatzmethode, die im Herkunftsmitgliedstaat rechtmäßig praktiziert wird, verbietet, dahin auswirkt, daß sie *für die Wirtschaftsteilnehmer* in diesem Sektor *den Zugang zum Markt erschwert und/oder weniger rentabel macht*. Wie der Gerichtshof ausgeführt hat, gilt dies erst recht, wenn der betroffene Wirtschaftsteilnehmer fast den gesamten Umsatz mit der fraglichen Vertriebsmethode erzielt [26]. Die mögliche Verringerung des Einfuhrvolumens steht somit in Fällen wie Oosthoeck (Verkauf mit Zugaben), Buet (Kundenwerbung an der Haustür), Delattre (Verkauf im Versandhandel) und Boscher (Verkauf im Wege der Versteigerung) in engem Zusammenhang mit den Hindernissen, die sich aus den betreffenden Regelungen für einen (einzelnen) Wirtschaftsteilnehmer dieses Sektors ergeben [27].

17. In gleicher Weise ist bezüglich mehrerer Regelungen, die die *Werbung für bestimmte Waren* beschränkten, entschieden worden, daß sie in den Anwendungsbereich von Artikel 30 fielen, und zwar deshalb, weil, wie der Gerichtshof ausgeführt hat, nicht auszuschließen sei, daß die Änderung der Form oder des Inhalts einer Werbeaktion für die einzelnen Mitgliedstaaten selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen könne, wenn die betreffenden Regelungen unterschiedslos für inländische und eingeführte Waren gälten [28].

24 — Vgl. Urteil vom 15. Dezember 1982 in der Rechtssache 286/81 (Oosthoeck, Slg. 1982, 4575), in dem die betreffende Auffassung erstmals auf eine Regelung des vorliegenden Typs angewandt worden ist. Vgl. weiter Urteil vom 16. Mai 1989 in der Rechtssache 382/87 (Buet, Slg. 1989, 1235), Urteile vom 21. März 1991 in der Rechtssache C-369/88 (Delattre, Slg. 1991, I-1487) und in der Rechtssache C-60/89 (Monteil und Samanni, Slg. 1991, I-1547), Urteil vom 30. April 1991 in der Rechtssache C-239/90 (Boscher, Slg. 1991, I-2023) und Urteil vom 25. Mai 1993 (Société Laboratoire de Prothèses Oculaires, a. a. O.). Aufgrund der gleichen Erwägung hat der Gerichtshof entschieden, daß nationale Vorschriften, die bestimmte Formen der Werbung verbieten oder beschränken, das Einfuhrvolumen verringern könnten. Vgl. insoweit Urteil vom 15. Dezember 1982 in der Rechtssache 286/81 (Oosthoeck, a. a. O.), Urteil vom 7. März 1990 in der Rechtssache C-362/88 (GB-INNO, Slg. 1990, I-667), Urteil vom 12. Dezember 1990 in der Rechtssache C-241/89 (SARPP, Slg. 1990, I-4695), Urteil vom 25. Juli 1991 in den Rechtssachen C-1/90 und C-176/90 (Aragonesa de publicidad, Slg. 1991, I-4151) und Urteil vom 18. Mai 1993 in der Rechtssache C-126/91 (Yves Rocher, Slg. 1993, I-2361).

25 — Urteil Oosthoeck (a. a. O., Randnr. 15).

26 — Vgl. Urteile Buet, Delattre und Boscher (a. a. O., Randnrn. 8, bzw. 50 und 14).

27 — Es ist der Hinweis darauf angebracht, daß die fraglichen Verkaufsmethoden in den Fällen Delattre und Boscher anders als in den Fällen Oosthoeck und Buet in jeder Hinsicht erlaubt waren. Die betreffende Regelung lief jedoch auf eine Behinderung des Handelsverkehrs hinaus, im einen Fall, weil sie vom Verkäufer die vorherige Eintragung in das Handelsregister am Ort der Versteigerung verlangte (Boscher), und im anderen Fall, weil der fragliche Warentyp, der in einem Mitgliedstaat ordnungsgemäß als Nahrungsmittel oder Kosmetikum vermarktet wurde, im Einfuhrmitgliedstaat als Arzneimittel qualifiziert wurde, mit der Folge, daß er dem Vertriebsmonopol der Apotheker vorbehalten war und demnach nicht im Versandwege vertrieben werden durfte (Delattre). Im letztgenannten Fall haben wir es, genau besehen, eher mit einem „Cassis-de-Dijon"-Sachverhalt zu tun, da es sich gerade um einen Unterschied zwischen den Rechtsvorschriften handelt, der letztlich diese Präsentation der Ware beeinflußt.

28 — Vgl. Randnr. 15 des Urteils Oosthoeck; Randnr. 29 des Urteils SARPP; Randnr. 10 des Urteils Yves Rocher.

Mit der gleichen Begründung sind auch folgende Verbote als mit Artikel 30 unvereinbar erklärt worden: das Verbot einer bestimmten Form der Werbung, soweit dieses Verbot (auch) eine Supermarktkette betraf, die in einem anderen (benachbarten) Mitgliedstaat ansässig war, in dem der fragliche Typ der Werbung in jeder Hinsicht zulässig war [29], das Verbot, bei der Werbung für ein bestimmtes Erzeugnis irgendeine Angabe zu verwenden, die das Wort Zucker enthält, wonach der betroffene Wirtschaftsteilnehmer daher infolge der Unterschiedlichkeit der jeweiligen Rechtsvorschriften verpflichtet war, den Inhalt der Werbung je nach dem Mitgliedstaat zu ändern, in dem das fragliche Erzeugnis vertrieben wurde (Urteil SARPP), und schließlich das Verbot der Werbung mit Angabe des durchgestrichenen alten Preises neben dem neuen, in Rot gedruckten Preis, sofern es sich um eine Form der Werbung handelte, die in dem Ursprungsmitgliedstaat der betreffenden Ware völlig rechtmäßig war (Urteil Yves Rocher).

18. Der Gerichtshof hat auf ihre Vereinbarkeit mit den Artikeln 30 und 36 somit im wesentlichen diejenigen die Vermarktung betreffenden Maßnahmen geprüft, die, gerade weil sie den Einsatz einer bestimmten Absatzmethode oder einer bestimmten Form der Werbung verbieten, geeignet sind (oder sein können), für diejenigen betroffenen Wirtschaftsteilnehmer *den Zugang zum Markt zu erschweren*, die gezwungen sind, *auf eine Methode zu verzichten, die sie im Ursprungsmitgliedstaat rechtmäßig praktizieren.*

Der Gerichtshof hat in diesen Fällen also stets auch insofern auf die *Unterschiedlichkeit der nationalen Rechtsvorschriften* abgestellt, als diese Unterschiedlichkeit für den betroffenen Wirtschaftsteilnehmer, und damit letztlich für die von ihm vertriebene Ware, ein „Hindernis" darstellt. Die im Vergleich zu den unter den Nummern 12 bis 15 untersuchten Regelungen unterschiedliche Behandlung könnte in Fällen dieser Art somit auf die Rolle zurückzuführen sein, die die Unterschiedlichkeit der nationalen Rechtsvorschriften spielt, und zwar, damit wir uns recht verstehen, in der Denkweise der Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung.

19. Zum selben Ergebnis (grundsätzliche Unvereinbarkeit, vorbehaltlich der Prüfung von Artikel 36 oder zwingender Erfordernisse) ist der Gerichtshof jedoch auch in bezug auf Regelungen gelangt, bei denen einem etwaigen Unterschied der Rechtsvorschriften keine Bedeutung zukommt, weder für die Ware als solche noch für den Wirtschaftsteilnehmer, der sie vermarktet.

Dies ist vor allem bei Regelungen der Fall, die einer einzigen Kategorie von Wirtschaftsteilnehmern (Apothekern, Optikern) den Verkauf bestimmter Arten von Waren (Arzneimittel, Kontaktlinsen) vorbehalten, wodurch sie den Vertrieb dieser Waren außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Vertriebswege unmöglich machen und die Verkäufe somit in eine bestimmte Richtung lenken [30]. Ebenfalls ist dies bei einem Werbeverbot der Fall, das in einem Teil des Gebiets eines Mitgliedstaats und unter bestimmten Umständen für alkoholische Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 23 % gilt [31]: Die einzige Auswirkung auf die Einfuhren könnte sich nämlich als Folge einer allgemeinen Abnahme der Verkäufe ergeben, die ihrerseits auf der Auswirkung des fraglichen Verbots auf die Nachfrage nach den betroffenen Erzeugnissen beruht.

29 — Urteil GB-INNO (a. a. O.). In diesem Urteil hat der Gerichtshof insbesondere darauf hingewiesen, daß die Freiheit der Verbraucher beeinträchtigt werde, wenn ihnen der Zugang zu dem im Einkaufsland erhältlichen Werbematerial verwehrt werde (Randnr. 8).

30 — Vgl. Urteil vom 21. März 1991 in der Rechtssache C-60/89 (Monteil und Samanni, Slg. 1991, I-1547) und das bereits genannte Urteil Delattre (beide zum Apothekermonopol) sowie das neueste Urteil vom 25. Mai 1993, Société Laboratoire de Prothèses Oculaires (a. a. O.) zum Optikermonopol.

31 — Urteil Aragonesa vom 25. Juli 1991 (a. a. O.).

Gesamtbetrachtung der Rechtsprechung

20. Dies ist also der von der Rechtsprechung vorgegebene Rahmen. Insgesamt hat der Gerichtshof auf die Frage, ob allgemeine Maßnahmen, die *die Modalitäten der Ausübung der Handelstätigkeit* (wer verkauft was, wann darf verkauft werden, wo und wie darf verkauft werden) *zum Gegenstand haben* und somit nur in mittelbarem Zusammenhang mit den Einfuhren stehen, dennoch als Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen in den Anwendungsbereich von Artikel 30 fallen, im wesentlichen drei Antworten gegeben:

a) Es handelt sich nicht um Maßnahmen gleicher Wirkung, da sie nicht geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern;

b) es handelt sich nicht um Maßnahmen gleicher Wirkung, sofern die Behinderungen, die sich aus ihnen für den Handel ergeben, nicht den Rahmen der solchen Handelsregelungen eigentümlichen Wirkungen überschreiten;

c) es handelt sich um Maßnahmen gleicher Wirkung, sofern sie nicht aufgrund zwingender Erfordernisse oder nach Artikel 36 gerechtfertigt sind.

Lassen sich diese unterschiedlichen Lösungen mit den unterschiedlichen Auswirkungen der fraglichen Maßnahmen auf die Einfuhren erklären? Mir scheint, daß in allen berücksichtigten Fällen dieselben Qualifizierungskriterien wiederkehren: Die Wirkungen, die die Einfuhr beschränken, treten nur eventuell ein und sind jedenfalls so beschaffen, daß sie sowohl die einheimischen als auch die eingeführten Waren in genau derselben Weise betreffen, einzig und allein als Folge (wenn diese tatsächlich eintritt) einer Verringerung des Verkaufsvolumens und nicht auch eines Unterschieds zwischen den Rechtsvorschriften.

21. Sicher, man könnte annehmen, daß sich die verschiedenen Antworten nach der unterschiedlichen Beschaffenheit der (eventuellen) Wirkungen richten, gleichsam, als wenn ein De-minimis-Kriterium angewandt würde; dies wird in der Rechtsprechung des Gerichtshofes jedoch geleugnet, nach der „eine nationale Maßnahme nicht allein deshalb dem Verbot des Artikels 30 entgeht, weil die Behinderung der Einfuhr geringfügig ist und noch andere Möglichkeiten des Vertriebs der eingeführten Erzeugnisse bestehen“ [32]. Erst vor kurzem hat der Gerichtshof allerdings erneut bekräftigt, daß Artikel 30 EWG-Vertrag, von Vorschriften mit rein hypothetischen Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel abgesehen, unter den Maßnahmen, die als Maßnahmen gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung zu qualifizieren sind, nicht nach der Intensität ihrer Auswirkungen auf den Handel in der Gemeinschaft differenziert [33].

Nach Ansicht des Gerichtshofes würden also nur diejenigen Maßnahmen nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 fallen, deren Auswirkungen auf die Einfuhren rein hypothetisch sind; es ist jedoch nicht klar, ob sich diese hypothetischen Auswirkungen bereits bei summarischer Prüfung als von geringer Bedeutung erweisen müßten (wenn sie einträten). Insoweit genügt jedenfalls der Hinweis darauf, daß die Anwendbarkeit einer De-minimis-Regel im Bereich des Warenhandels, und sei es auch nur innerhalb dieser Grenzen, in meinen Augen sehr schwierig, wenn nicht gar unmöglich ist,

32 — Vgl. Urteile vom 5. April 1984 in den verbundenen Rechtssachen 177/82 und 178/82 (Van de Haar, Slg. 1984, 1797, Randnr. 13) und vom 5. Juni 1986 in der Rechtssache 103/84 (Kommission/Italien, Slg. 1986, 1759, Randnr. 18).

33 — Urteil Yves Rocher vom 18. Mai 1993 (a. a. O., Randnr. 21).

ganz zu schweigen im übrigen davon, daß der Nachweis der Beschaffenheit hypothetischer Auswirkungen einen nicht zu erbringenden Beweis darstellt.

22. Ich glaube jedenfalls, daß das vorliegende Problem nicht allein unter dem Gesichtspunkt der Beschaffenheit und/oder des hypothetischen Charakters der Auswirkungen angegangen und gelöst werden kann, sondern eher mit Bezug auf ihre Besonderheit, die sich, bei genauer Betrachtung, nur bei einem Unterschied zwischen den Rechtsvorschriften feststellen läßt.

In dieser Hinsicht bin ich der Meinung, daß nur diejenigen der fraglichen Maßnahmen, die die Verkaufsmethoden oder die Absatzförderung betreffen, *unter bestimmten Voraussetzungen* eine besondere Beurteilung verdienen können, da sie tatsächlich so beschaffen sein können, daß sie sich charakteristischer und spezieller auf die Einfuhren auswirken können. Auch wenn nämlich das Verbot einer bestimmten Verkaufsmethode, wie z. B. der Kundenwerbung an der Haustür, die eingeführten Waren nicht benachteiligt und den Zugang zum Markt für diese Waren als solche nicht erschwert [34], kann ein derartiges Verbot den betroffenen Wirtschaftsteilnehmer dazu verpflichten, *eine Verkaufsstrategie zu ändern, die er im Herkunftsmitgliedstaat rechtmäßig praktiziert* [35], so daß *der Zugang zum Markt* des Staates, in dem dieses Verbot gilt, für den Wirtschaftsteilnehmer *weniger attraktiv* wird, weshalb es insoweit ein *„Hindernis" für den innergemeinschaftlichen Warenverkehr* darstellt.

Mit anderen Worten, Regelungen dieses Typs können, obgleich sie die Waren unabhängig von ihrer Herkunft betreffen, deswegen geeignet sein, den Handel zu behindern, weil sie die Wirtschaftsteilnehmer dazu zwingen, „la veste commerciale" (Marketing) der eingeführten Waren zu ändern, damit diese den Vorschriften des Bestimmungslandes entspricht. In diesem Fall kommt es somit auf die *Unterschiedlichkeit der nationalen Rechtsvorschriften* an, soweit eine negative Auswirkung auf die oder den betroffenen Wirtschaftsteilnehmer besteht; wenn dies der Fall ist, kehrt man wieder in das logische rechtliche Schema des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung zurück („Cassis-de-Dijon"-Rechtsprechung). Und genau in dieser Weise kann man die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Methoden des Verkaufs und der Absatzförderung verstehen [36].

23. Über eine derartige Annahme hinaus, die jedenfalls von Fall zu Fall geprüft werden müßte, muß ich eingestehen, daß ich nichts erkennen kann, was die unterschiedliche Auffassung, die der Gerichtshof in den zuvor untersuchten Fällen angewandt hat, erklären könnte. Ich stelle nämlich fest, daß sowohl das Verbot des Verkaufs von Sexartikeln in nicht konzessionierten Geschäften als auch das des Verkaufs von Arzneimitteln außerhalb der Apotheke dazu führen, die Verkäufe in eine bestimmte Richtung zu lenken. Und sowohl die Maßnahme, um die es in der Rechtssache Oebel ging, als auch die Maßnahmen, die in den Fällen zum Verkauf an Sonntagen beanstandet wurden, bringen es mit sich, daß zu bestimmten Zeiten (oder an bestimmten Tagen) nicht verkauft werden darf.

34 — Insoweit ist nämlich klar, daß Regelungen dieses Typs allenfalls bewirken, daß die Verkäufe insofern in eine bestimmte Richtung geleitet werden, als eine Ware X nur noch in Geschäften und nicht mehr auf anderem Wege verkauft werden kann.

35 — Die Rechtsprechung des Gerichtshofes stellt in der Tat nicht ausdrücklich klar, ob es sich um den Herkunftsmitgliedstaat der Ware oder des betroffenen Wirtschaftsteilnehmers handelt. Es ist klar, daß die Problemstellung in bezug auf den einen oder den anderen Fall unterschiedlich ist.

36 — Vgl. Nummern 16 bis 18.

Es trifft sicher zu, daß die Richtung, die vom Urteil Oebel zum Urteil Sheptonhurst führt, und die Richtung in bezug auf den Verkauf an Sonntagen gar nicht so weit auseinander sind, nicht nur hinsichtlich des Ergebnisses, zu dem sie gelangen. Die Antwort des Gerichtshofes umfaßt in beiden Fällen nämlich nur eine marginale Kontrolle, eine summarische Prüfung die sich auf die Vernünftigkeit der betreffenden Maßnahme konzentriert, und zwar unter Berücksichtigung insbesondere der Art des Zusammenhangs mit den Einfuhren (nur mittelbar und vage) und der etwaigen beschränkenden Auswirkungen auf diese. Abgesehen von der Unterschiedlichkeit der verwendeten Regeln und des Ergebnisses in der Sache, zu dem man gelangt ist, bleibt es jedoch dabei, daß im einen Fall entschieden worden ist, daß die fraglichen Maßnahmen per se keine Maßnahmen gleicher Wirkung darstellten, und im anderen Fall dagegen, daß sie grundsätzlich unter Artikel 30 fielen.

24. Noch weniger zu verstehen ist sodann die unterschiedliche Auffassung in Fällen wie denen des Verkaufs an Sonntagen auf der einen und jenen in bezug auf das Apotheker- und Optikermonopol sowie das im Urteil Aragonesa geprüfte Werbeverbot auf der anderen Seite. Obwohl der Gerichtshof nämlich von genau der gleichen Prämisse ausgegangen ist (Maßnahmen, die das Volumen der Verkäufe und damit der Einfuhren in Fällen verringern können, in denen einem eventuellen Unterschied der Rechtsvorschriften keine Bedeutung zukommt), ist er zu grundlegend verschiedenen Ergebnissen gelangt: Im ersten Fall hat, wie wir gesehen haben, die Vernünftigkeit der fraglichen Maßnahme im Brennpunkt der Prüfung gestanden, wobei die möglichen Auswirkungen auf die Einfuhren berücksichtigt worden sind; im zweiten Fall ist eine „klassische" Prüfung nach Artikel 36 vorgenommen worden.

Dann kann man genausogut alle dialektischen Übungen beiseite lassen und aus dem Anwendungsbereich von Artikel 30 diejenigen nationalen Regelungen herausnehmen, die mit dem Handelsverkehr, geschweige denn mit der Vereinheitlichung der Märkte, nichts zu tun haben.

Zu den Grenzen des Begriffs der Maßnahme gleicher Wirkung

25. Die Unstimmigkeit und die aufgezeigten Widersprüche verschärfen das Verlangen nach Klarheit in Form der Angabe von Kriterien, die so genau und eindeutig wie möglich sind, und zuvor noch nach einer bewußten und ausdrücklichen grundsätzlichen Entscheidung in bezug auf die Notwendigkeit (oder Zweckmäßigkeit?), im Rahmen von Artikel 30 zu prüfen, von welcher Art die in Rede stehenden Maßnahmen sind. Damit soll vermieden werden, daß bei den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern Verwirrung hervorgerufen wird, die sich in der gegenwärtigen Lage allein deshalb ermutigt sehen, unter Berufung auf Artikel 30 die verschiedensten Maßnahmen (die, wohlgemerkt, ihre Handelsfreiheit beschränken) anzufechten, weil nicht von vornherein auszuschließen ist, daß irgendwelche Auswirkungen auf die Einfuhren gegeben sind.

Ich bin der Meinung, daß das im Urteil Dassonville genannte Kriterium nicht dahin ausgelegt werden kann, daß eine potentielle Verringerung der Einfuhren, die einzig und allein auf einer allgemeinen (eventuellen) Abnahme der Verkäufe beruht, eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung darstellen kann.

Ich glaube nämlich, daß Maßnahmen, die die Modalitäten der Ausübung der Handelstätigkeit betreffen, grundsätzlich als nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 fallend anzusehen sind, soweit sie keine Handelsregelung bezwecken, in keinem Zusammenhang mit der Unterschiedlichkeit oder Gleichheit der nationalen Rechtsvorschriften

stehen und soweit sie auch nicht so beschaffen sind, daß sie den Zugang zum Markt für die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer weniger rentabel machen und damit mittelbar den Zugang für die betreffenden Waren erschweren. Diese Lösung, die auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung aufbaut, spiegelt somit die Denkweise wider, die der im Urteil „Cassis de Dijon" entwickelten Auffassung zugrunde liegt, und stellt in keiner Weise den Gedanken der Integration selbst erneut zur Diskussion.

26. Gewiß, diese Auffassung stellt zumindest teilweise ein Überdenken von Standpunkten dar, die ich zu diesem Thema bislang geäußert habe (Schlußanträge Buet, Delattre, Monteil und Samanni, SARPP, Boscher und Société Laboratoire de Prothèses Oculaires).

Zu diesem Überdenken fordere ich heute den Gerichtshof auf: zu einem klaren und deutlichen Überdenken, in einer zweckdienlichen Weise.

Und ich möchte nicht verheimlichen, daß die Auslegung, die ich heute vorschlage, dazu führt, daß einige, sicher nicht geringgeschätzte Urteile „overruled" werden [37]; dieses Überdenken würde aber in bezug auf die vernünftige Entwicklung im Anschluß an das Urteil „Cassis de Dijon" keinen Schritt zurück darstellen, sondern würde den Artikel 30, wie er im Urteil Dassonville ausgelegt worden ist, auf seine eigentliche Funktion zurückführen und verhindern, daß er, wie ich meine, in völlig unangebrachter Weise verwendet wird.

27. Andernfalls würde Artikel 30 nämlich nicht für seine eigentlichen Zwecke geltend gemacht und genutzt, sondern um es manchen Wirtschaftsteilnehmern zu ermöglichen, sich der Anwendung *nationaler Normen* zu entziehen, die, weil sie eine bestimmte Tätigkeit regeln, ihre *Handelsfreiheit einschränken*, sowohl durch Festsetzung der Öffnungszeiten ihrer Läden, als auch durch Verlangen einer vorherigen Genehmigung der Ausübung einer bestimmten Tätigkeit (oder sogar eines einfachen Gewerbescheins) oder auch durch Aufstellen beruflicher (gegebenenfalls auch logistischer) Voraussetzungen für denjenigen, der eine bestimmte Art von Waren verkaufen will.

Insoweit kann ich allerdings nicht umhin, darauf hinzuweisen, daß eine derartige Verwendung von Artikel 30 dazu führen würde, daß die Vorschriften des EWG-Vertrags über den Dienstleistungsverkehr und über die Niederlassung gegenstandslos oder jedenfalls entwertet würden. Ich erläutere dies: Der Händler, der auch an Sonntagen verkaufen will, oder auch der Apotheker, der in bezug auf den Verkauf von apothekenüblichen Waren werben will, beruft sich auf nicht mehr und nicht weniger als auf das *Recht auf freie Ausübung der eigenen Handelstätigkeit*; die Unvereinbarkeit bestimmter Beschränkungen mit den Vorschriften über den Warenverkehr wird somit allein zu dem Zweck geltend gemacht, sich diesen zu entziehen. Genau betrachtet handelt es sich jedoch um Beschränkungen, die eher die Dienstleistungen und die Niederlassung betreffen, d. h. um Vorschriften, auf die sich diese Wirtschaftsteilnehmer ganz einfach deshalb nicht berufen könnten, weil sie sich in einer rein innerstaatlichen Situation befinden.

Richtungweisend ist in dieser Hinsicht das Urteil Gauchard [38], in dem es um eine Regelung ging, nach der die Eröffnung und Erweiterung von Geschäften ab einer bestimmten Größe der vorherigen Genehmi-

37 — Ich beziehe mich neben den Urteilen zum Verkauf an Sonntagen wegen des Aspekts des Verkaufsmonopols für Arzneimittel auf die Urteile Delattre sowie Monteil und Samanni, wegen des Optikermonopols auf das Urteil LPO und auf das Urteil Aragonesa. Bezüglich der Gruppe von Urteilen, die die Methoden der Absatzförderung betreffen, verweise ich hingegen auf meine Ausführungen in Fußnote 35.

38 — Urteil vom 8. Dezember 1987 in der Rechtssache 20/87 (Slg. 1987, 4879). Vgl. auch Urteil vom 20. April 1988 in der Rechtssache 204/87 (Bekaert, Slg. 1988, 2029).

gung bedurfte. Der Gerichtshof ist zu Recht überhaupt nicht auf einen etwaigen Verstoß dieser Regelung gegen Artikel 30 eingegangen (obwohl dieser Gesichtspunkt in den Schlußanträgen des Generalanwalts ausführlich behandelt wurde), sondern hat ausgeführt, daß die fragliche Regelung im Hinblick auf die Vorschriften über die Niederlassung zu prüfen sei, und ist zu dem Ergebnis gelangt, daß diese Vorschriften nicht anwendbar seien, da es sich um einen Sachverhalt handele, der sich ausschließlich innerhalb eines Staates abspiele.

28. Alles in allem bin ich der Überzeugung, daß das Dassonville-Kriterium nicht so verstanden werden kann und muß, daß der Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung auch diejenigen nationalen Regelungen umfaßt, die, weil sie sich auf das Angebot auswirken und/oder die Nachfrage und damit — aber nur aus diesem Grund — das Verkaufsvolumen beeinflussen, zu einer Verringerung des Einfuhrvolumens führen können, d. h., ohne daß irgendein Hindernis für den gemeinschaftlichen Verkehr der betroffenen Waren und irgendein Zusammenhang mit der Unterschiedlichkeit der Rechtsvorschriften besteht.

Ich bin nämlich der Ansicht, daß der Zweck von Artikel 30 darin besteht, den freien Warenverkehr sicherzustellen, um einen einheitlichen Binnenmarkt zu schaffen; deshalb werden diejenigen nationalen Maßnahmen beseitigt, die für den Warenverkehr in irgendeiner Weise ein Hindernis oder auch nur Erschwerungen verursachen. Artikel 30 bezweckt dagegen nicht, die verschiedensten Maßnahmen zu erfassen, um letztlich die größtmögliche Ausdehnung des Handels zu gewährleisten. Insoweit ist es auch bezeichnend, daß die Apotheker im vorliegenden Fall bei der Geltendmachung ihres Rechts, für die betreffenden Waren zu werben, nicht etwa eine Behinderung der Einfuhren wegen der beanstandeten Maßnahme geltend machen, sondern sich darüber beklagen, daß sie auf diese Weise *gegenüber den anderen Geschäften*, die die gleichen Waren verkaufen, benachteiligt seien.

29. Bezüglich der Maßnahme nun, die im vorliegenden Fall beanstandet wird, ist im Lichte der vorausgegangenen Bemerkungen nur noch darauf hinzuweisen, daß eine solche Maßnahme

a) die Werbung einer bestimmten Kategorie von Geschäften für bestimmte Waren betrifft;

b) unterschiedslos anwendbar ist;

c) weder den Marktzugang noch die Vermarktung eingeführter Waren gegenüber inländischen Waren verteuert oder erschwert;

d) die Einfuhren nur deshalb eventuell verringert, weil sie auch die Verkäufe eventuell verringert;

e) diese Auswirkung auch dann hätte, wenn im Ursprungsland der fraglichen Ware eine entsprechende Maßnahme in Kraft wäre.

Angesichts dieser Umstände ist die vorliegende Maßnahme als nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 fallend anzusehen, da sie kein Hindernis für den Handelsverkehr im Sinne und gemäß dieser Vorschrift darstellt.

30. Falls der Gerichtshof jedoch der Auffassung sein sollte, daß die Maßnahme, um die es vorliegend geht, so beschaffen ist, daß sie den Handel im Sinne von Artikel 30 behindert, wäre sie absolut nicht zu rechtfertigen,

weder mit zwingenden Erfordernissen noch mit einer der Ausnahmen des Artikels 36. Die Berufung auf das Erfordernis des Schutzes der menschlichen Gesundheit, die im vorliegenden Fall zur Rechtfertigung erfolgt, erscheint in der Tat völlig unbegründet.

Meiner Ansicht nach kann der Auffassung der Landesapothekerkammer, wonach das fragliche Werbeverbot unabdingbar sei, um die ordnungsgemäße Versorgung mit Arzneimitteln sicherzustellen und um zu verhindern, daß das Erscheinungsbild des Apothekers nicht mehr seiner traditionellen Tätigkeit entspreche, nämlich nicht gefolgt werden.

31. Dagegen ist klar, daß sich ein derartiges Verbot zumindest als unverhältnismäßig im Hinblick auf den Zweck erweist, der verfolgt werden soll, da — wie sich aus den Akten der vorliegenden Rechtssache ergibt — der Verkauf der fraglichen Waren nur insoweit gestattet ist, als er den ordnungsgemäßen Betrieb der Apotheke nicht beeinträchtigt. Der betreffende Zweck kann daher erreicht werden, indem zum Beispiel eine Obergrenze für die Verkäufe von anderen Waren als Arzneimitteln festgesetzt wird oder Disziplinarmaßnahmen gegenüber Apothekern ergriffen werden, die ihren Einsatz auf den Verkauf dieser Waren konzentrieren.

In dieser Hinsicht könnte das Ergebnis nur lauten, daß die Maßnahme mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist.

Die letzte Alternative bestünde darin, die fragliche Maßnahme unter Rückgriff auf apodiktische Formeln zu rechtfertigen, die womöglich aus einigen der angesprochenen Urteile stammen. Aber auch dieser Auffassung kann ich mich im vorliegenden Fall nicht anschließen, wie sich aus den vorgenannten Erwägungen klar ergibt.

32. Ich schlage daher dem Gerichtshof vor, auf die Frage des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg wie folgt zu antworten:

Artikel 30 EWG-Vertrag ist dahin auszulegen, daß eine nationale Regelung, die es den Apothekern verbietet, außerhalb der Apotheke für apothekenübliche Waren zu werben, keine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung darstellt.